

T

5 minutes de lecture

Forum

Damiano Canapa*

Publié jeudi 11 octobre

2012 à 19:44.

L'INVITÉ

Les limites de la réforme de la loi sur les cartels

Il est proposé de transférer la compétence de sanctionner les cartels et les abus de position dominante, actuellement exercée par la Comco, au Tribunal administratif fédéral (TAF)

*LL.M. (Collège d'Europe), assistant à l'Université de Zurich, avocat

Le 22 février, le Conseil fédéral a dévoilé son projet de révision de la loi sur les cartels. Mis sous pression par la crise du franc fort, il a proposé de durcir la réglementation visant à combattre les accords illicites (cartels). Selon lui, cette modification doit permettre de mieux lutter contre les entreprises qui transmettraient de manière incomplète les avantages de cours de change aux consommateurs et entreprises. Ces règles, largement débattues dans la presse, rapprocheraient la réglementation suisse des standards internationaux et doivent être saluées.

La révision contient par ailleurs un important volet institutionnel. Il vise à répondre aux critiques de l'OCDE et du groupe d'évaluation de la loi sur les cartels. Ces critiques se rapportent au manque de professionnalisation et d'indépendance des autorités suisses de la concurrence et à la répartition des

compétences entre lesdites autorités. Partant, il est proposé de transférer la compétence de sanctionner les cartels et les abus de position dominante, actuellement exercée par la Comco, au Tribunal administratif fédéral (TAF). Si cette modification devait être adoptée (le projet est débattu en commission par le Conseil des Etats), elle affaiblirait notablement la mise en œuvre de la politique de concurrence, ce qui irait à l'encontre du but global de la révision.

Actuellement, en présence d'indices d'une restriction illicite à la concurrence, la Comco ordonne l'ouverture d'une enquête et en confie le déroulement à son secrétariat. Sur la base des résultats de celle-là et après avoir entendu les parties à la procédure, la Comco sanctionne les entreprises reconnues coupables d'accord illicite ou d'abus de position dominante. Les parties ont alors la possibilité de recourir contre la décision auprès du TAF puis du Tribunal fédéral (TF).

Formellement, la modification institutionnelle prévoit de supprimer la Comco et de remplacer son secrétariat par une «Autorité de la concurrence» (AC) unique.

Matériellement, il s'agirait davantage d'une fusion entre ces deux organes puisque l'AC comprendrait un «conseil de l'AC» qui rappellerait la Comco et une «direction» qui s'apparenterait à l'actuel secrétariat. L'AC ouvrirait et mènerait les enquêtes, mais ne pourrait pas prononcer de sanctions. A la place, elle devrait saisir le TAF d'une «proposition» de décision, sorte d'acte d'accusation.

Cette proposition conclurait à la condamnation ou à l'acquittement des entreprises mises en cause et servirait de base au procès qui les opposerait à l'AC. Au terme du procès, le TAF se prononcerait sur la culpabilité et sur les sanctions. Une amende ne serait donc plus prononcée par une autorité administrative, mais par une autorité judiciaire.

Les problèmes qui découleraient de l'adoption d'un tel système institutionnel sont nombreux.

En premier lieu, le but de raccourcissement des procédures, cher au Conseil fédéral, ne serait pas atteint, car il ne suffit pas de supprimer un échelon de la procédure pour raccourcir sa durée. Contrairement à la situation actuelle, où un recours est dirigé contre des éléments de la décision, le TAF reprendrait l'instruction de l'ensemble de l'affaire depuis l'origine, à double. Or, en Allemagne, où une procédure similaire se rencontre en cas de recours contre la décision du Bundeskartellamt, les procès peuvent durer plusieurs années et bloquer l'activité de la direction d'une entreprise (les audiences du procès du cartel du gaz liquide ont débuté le 7 juin 2010, à raison de deux audiences par semaine en moyenne, et devraient se poursuivre jusqu'en 2013).

Par ailleurs, en Autriche, qui connaît un système similaire à celui que le Conseil fédéral propose d'adopter, les juges semblent avoir peu d'empathie et de compréhension pour les interactions, fondamentales en droit de la concurrence, qui existent entre droit et économie. Partant, ils ont tendance à motiver leurs jugements en renvoyant aux rapports d'expertise économique plutôt qu'en les examinant de manière approfondie. Cette dérive est également regrettée des avocats de ce pays. Le Conseil fédéral propose certes de nommer des juges qui auraient une formation d'économiste, mais la décision risque alors de reposer sur leur seul avis.

Finalement, la proposition du Conseil fédéral va contre le mouvement d'harmonisation, à l'échelle européenne, de la structure des autorités de la concurrence. Si la plupart des pays du continent connaissent déjà, en première instance, un système décisionnel administratif, d'autres continuent d'adopter ce modèle. Une révision

ayant ce but est ainsi sur le point d'aboutir en Belgique – pays dont le système actuel est pourtant cité en exemple par le Conseil fédéral pour justifier sa réforme. Et l'Autriche pourrait bientôt lui emboîter le pas.

Pour remédier aux critiques du groupe d'évaluation, le Conseil fédéral aurait pu se contenter d'adapter la structure institutionnelle actuelle. Il eût suffi de réduire le nombre de membres de l'organe de décision tout en augmentant leur taux d'occupation et d'en exclure les représentants d'associations et de groupes d'intérêt. Suivant cette logique, la nouvelle autorité de décision pourrait être intégrée à un seul niveau et se charger elle-même des enquêtes ou, comme actuellement, comporter un secrétariat indépendant qui s'occuperait de cette tâche. Les deux solutions seraient conformes à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

En conclusion, si le parlement souhaite éviter le risque que la lutte contre les restrictions à la concurrence soit entravée par des questions purement procédurales, il n'a d'autre choix que de revoir la modification institutionnelle proposée. Dans ce but, une commission pourrait être créée, qui serait chargée de proposer un nouveau texte. A défaut, c'est la vulnérabilité des consommateurs suisses vis-à-vis des pratiques illicites des acteurs économiques privés qui serait accentuée, et ce malgré les autres volets de la révision. Car il n'est pas suffisant pour lutter efficacement contre les restrictions illicites à la concurrence de doter la loi de règles plus strictes. Encore faut-il que les autorités chargées de les appliquer soient en mesure de le faire efficacement.

Il est proposé de transférer la compétence de sanctionner les cartels et les abus de position dominante, actuellement exercée par la Comco, au TAF